

University of Groningen

Bevestigen of vernietigen

Harteveld, A.E.

Published in:

Pet af : liber amicorum D.H. de Jongit

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Harteveld, A. E. (2007). Bevestigen of vernietigen. In B. F. Keulen, G. Knigge, & H. D. Wolswijk (editors), *Pet af : liber amicorum D.H. de Jongit* (blz. 99-116).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Bevestigen of vernietigen

A.E. HARTEVELD^o

1. Vooraf; het hoger beroep

Het strafproces in hoger beroep is, alle beschouwingen over het ‘voortbouwend appel’ ten spijt, in sterke mate een duplicaat van de procedure in eerste aanleg. Oudleermeester Van Veen merkte steevast tegen de studenten op dat het gerechtshof niet eens over eigen recht beschikt maar de zaken behandelt volgens rechtbankrecht. In zijn eenvoud is die beschrijving treffend – en blijft dus, zoals Van Veen hoopte, daarom ‘hangen’ – maar niet volstrekt conform de realiteit. Wel is, met de beschrijving van de procedure in hoger beroep, de wetgever snel klaar: slechts de artikelen 408 tot en met 426 zijn aan het hoger beroep gewijd. Voor het overige geldt de schakelbepaling van art. 415 Sv. In dat artikel worden een groot aantal bepalingen voor de behandeling in eerste aanleg in hoger beroep van overeenkomstige toepassing verklaard. Onder de van toepassing zijnde artikelen bevinden zich ook de art. 348 en 350 Sv, alsmede de art. 358 en 359 Sv. Hiermee is de hoofdstructuur van de eerste aanleg gekopieerd naar het hoger beroep. De rechtbank dient *op grondslag van de telastelegging* te oordelen over de formele (art. 348 Sv)¹ en de materiële² vragen (art. 350 Sv). Deze beslissingen dienen, met de daarbij behorende motiveringen te worden vervat in een vonnis, dat aan de eisen van de art. 358 en 359 Sv voldoet. Voor de beslissingen die het hof na de behandeling van de zaak in hoger beroep dient te nemen alsmede voor de vormgeving ervan gelden exact de zelfde voorschriften als voor de rechtbank na het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.³ In essentie komt dit er op neer dat er in hoger beroep moet worden toege-

^o Raadsheer in het Gerechtshof Arnhem.

¹ Te weten: 1. is de dagvaarding geldig 2. is de rechter bevoegd 3. is de officier van justitie ontvankelijk 4. is er reden voor schorsing van de vervolging.

² Achtereenvolgens: 1. is het telastegelegde bewezen 2. is het bewezenverklaarde feit strafbaar 3. is de dader strafbaar en 4. welke straf en/of maatregel dient te worden opgelegd.

³ In het huidige tijdsgewricht zou de verleiding groot zijn om de wetgever met zijn ‘knip en plakwerk’ gebrek aan fantasie of zelfs luiheid te verwijten. Bezien in het licht van de historie valt dit verwijt nogal mee. De basisprocedure in het eerste Nederlandse Wetboek van strafvordering – stammend uit 1838, waarbij men voortborduurt op de Franse wetgeving die tot 1813 gold – was de procedure ter zake van de ernstigste soort strafbare feiten – de *misdaden*. Die feiten werden in eerste en enige feitelijke aanleg berecht door de provinciale hoven. De *wanbedrijven* – de middencategorie feiten – werden afgedaan door de rechtbanken, die dezelfde procesregels als de hoven hanteerden. Het hoger beroep tegen die vonnissen van de rechtbanken werd (uiteraard) volgens het procesrecht van het hof afgewikkeld. Na het wegvallen van het onderscheid tussen misdaden en wanbedrijven – het werden alle *misdriven* – in 1886 kwam het ac-

werkt naar een vonnis dat aan de eisen voldoet die ook voor de rechtbank gelden – alleen heet het vonnis bij het hof een arrest. En, niet onbelangrijk, in cassatie kan de Hoge Raad toetsen of het hof aan die eisen heeft voldaan. Schiet het arrest tekort, dan is er sprake van een vormverzuim, dat tot vernietiging van het arrest kan leiden, met (in beginsel) verwijzing naar een ander hof. Dat hof mag dan proberen het wél goed te doen.

Wel specifiek voor het hoger beroep is de wijze waarop de eerder in de strafzaak gegeven beslissing wordt verwerkt. Dat gaat gepaard met bevestigen of vernietigen. Over dat mechanisme gaat de volgende beschouwing. Daarbij komt ook de wetswijziging ter stroomlijning van het hoger beroep aan bod. Ik eindig met enkele voorstellen voor een nieuwe aanpak van dit tamelijk fundamentele vraagstuk.

2. Basisschema bevestigen en vernietigen

Om na de behandeling van het hoger beroep te komen tot een arrest dat aan de daaraan gestelde eisen voldoet zijn in theorie verschillende systemen denkbaar. Het simpelst zou zijn om, na een inhoudelijke behandeling van de strafzaak in hoger beroep het vonnis van de rechtbank van rechtswege te laten vervallen en daarvoor in de plaats een geheel nieuw arrest te wijzen.⁴ Zo simpel heeft de wetgever het echter niet gedaan: deze volgt (zie art. 423 Sv) het systeem van bevestigen en/of vernietigen. In de oorsprong is dit systeem efficiënt, want het voorkomt dat zaken onnodig worden overgedaan. Als een vonnis van de rechtbank volgens het hof ‘klopt’ dan kan het simpelweg worden bevestigd. Dat scheelt tijd en kosten. Alleen als het echt niet anders kan, dan wordt het vonnis vernietigd, en moet daarvoor in de plaats iets nieuws komen. Daarbij kan soms worden volstaan met een gedeeltelijke vernietiging en een daarmee corresponderende gedeeltelijke bevestiging.

Binnen het stelsel van art. 423 Sv wordt behalve van bevestigen en vernietigen ook nog gewag gemaakt van gronden die kunnen worden overgenomen of verbeterd. Deze gronden zijn de bij de beslissingen in het vonnis opgenomen motiveringen. Technisch gezien vallen deze buiten het bereik van de bevestiging van het vonnis: wat bevestigd wordt zijn uitsluitend de beslissingen, de bijbehorende motiveringen dienen afzonderlijk te worden overgenomen.

cent voor de berechting bij de rechtbank te liggen, en bleef voor de hoven slechts het hoger beroep. Maar historisch gezien is het rechtbankrecht dus eigenlijk hofrecht!

⁴ Dit systeem is o.m. voorgesteld in het kader van Strafvordering 2001. Zie M.S. Groenhuijsen en J. de Hullu, ‘Het hoger beroep’, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en Rechtsmiddelen, Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 407 e.v.

Ten slotte kan, bij vernietiging van het vonnis, toch een gedeelte daarvan worden ‘overgenomen’ door de hoger beroepsrechter (art. 424 lid 3 Sv). De bedoeling daarvan was het overschrijven van bepaalde passages te voorkomen.⁵

3. De blokkendoos

Om het door de wetgever gevolgde systeem aanschouwelijk te maken stellen wij ons een blokkendoos voor ogen.⁶ Met behulp van de blokken bouwt de rechtbank een vonnis. Als prototype kiezen wij voor een veroordelend vonnis.⁷ Hoe dat wordt opgebouwd valt af te leiden uit art. 358 lid 2 Sv: het ‘... bevat... de beslissingen over de punten, bij artikel 350 vermeld’. Dit zijn de beslissingen op de materiële vragen. Hiervoor zijn vier blokken nodig. Het eerste blok plaatsen wij op de tafel, dit stelt de bewezenverklaring voor. Het tweede blok, dat op het eerste wordt geplaatst, is de beslissing omtrent de strafbaarheid van het feit (of kortweg de kwalificatie). Het derde blokje is de beslissing over de strafbaarheid van het feit en het vierde (het bovenste blokje) de strafoplegging.

Aldus staat er een bouwwerk van vier blokken voor ons dat de kern van het vonnis van de rechtbank voorstelt. Daarmee moet het hof ‘iets’ doen: bevestigen, vernietigen of gedeeltelijk bevestigen en gedeeltelijk vernietigen.

Het simpelste is natuurlijk bevestigen: het torentje blijft in zijn geheel staan – hiermee maakt het hof de beslissingen in het vonnis tot de zijne. Ook overzichtelijk is het (geheel) vernietigen van het vonnis. De blokjes worden van tafel geveegd, maar het hof dient nu wel – om aan de eisen van art. 358 lid 2 te voldoen – een nieuw torentje te bouwen, met behulp van zijn eigen blokkendoos.

Iets lastiger ligt het bij het gedeeltelijk bevestigen en vernietigen. Dat komt – in ons model – door de werking van de zwaartekracht. Neemt men bijvoorbeeld het onderste blokje weg, dan stort het hele torentje in. Men kan dus niet de bewezenverklaring (het onderste blokje) vernietigen en de rest bevestigen. Vernietiging van de bewezenverklaring dient dus te leiden tot algehele vernietiging van het vonnis. De bewezenverklaring heeft dus een bijzondere status, men kan daarvoor bijvoorbeeld een rood blokje kiezen. Wat wél lukt is het bovenste blokje wegnemen (vernietigen) en daarvoor een nieuw blokje plaatsen. Dit is vernietiging uitsluitend ten aanzien van de strafoplegging en bevestiging voor het overige. Wel, de schrandere leerling kan ook de rest begrijpen: bijvoorbeeld, vernietiging uitsluitend ten aanzien van de beslissing dat het feit strafbaar is, met bevestiging voor het overige zal niet lukken –

⁵ Zie voor een compleet overzicht van de beslissingen in hoger beroep H.G.M. Krabbe, *Verzet en hoger beroep in strafzaken*, Alphen a/d Rijn: Tjeenk Willink 1983, p. 162-178.

⁶ Ten behoeve van het onderwijs kan men zich ook bedienen van een powerpoint-presentatie.

⁷ Een vonnis houdende een formele einduitspraak is naar verhouding erg simpel: dat bevat slechts die beslissing. Het model kan overigens worden uitgebreid met een of meer beslissingen die op grond van art. 358 lid 3 Sv in het vonnis zijn opgenomen. Ten behoeve van het overzicht blijven die hier achterwege.

wel kan het vonnis bevestigd worden ten aanzien van de bewezenverklaring, met vernietiging voor het overige, waarna, te beginnen met de beslissing over de strafbaarheid van het feit (de kwalificatie) het hof nieuwe blokjes op de bevestigde bewezenverklaring (het onderste blokje) kan plaatsen.⁸

Tot zover de beslissingen. In het model moet echter ook nog plaats worden gegeven aan de gronden die art. 423 lid 1 Sv vermeldt. Als genoemd zijn dat de in het vonnis bij de beslissingen horende motiveringen. Men kan zich bijvoorbeeld voorstellen dat de rechtbank elk blokje in het torentje heeft voorzien van een geel plakkertje (*post-it*), waarop de redengeving staat vermeld. Meestal zijn de op grond van art. 359 lid 2 Sv in het vonnis opgenomen motiveringen algemene frasen, maar bij sommige beslissingen horen extra motiveringen en dus extra plakkertjes. Met name moet worden genoemd de motivering van de bewezenverklaring, voor zover die bestaat uit de bewijsmiddelen. Deze motiveringseis wordt afzonderlijk gesteld in art. 359 lid 3 Sv. Ook een extra plakkertje krijgt het bovenste, vierde blokje, indien de strafoplegging strekt tot straf (of maatregel) die vrijheidsbeneming meebrengt (art. 359 lid 6 Sv). Welnu, bij bevestiging van het vonnis kunnen de gronden (de plakkertjes) worden overgenomen. Verbeteren (of ook wel: aanvulling) van de gronden kan ook. Dan schrijft het hof iets extra's op het plakkertje, eventueel met (gedeeltelijke) doorhaling van wat er stond. Het is evident dat overneming van de gronden alleen aan de orde is voor zover het vonnis bevestigd wordt. De vernietigde blokjes zijn immers van de tafel geveegd en belanden met de opgeplakte briefjes en al in de prullenbak.

Ten slotte nog een enkel woord over de voorziening van art. 424 lid 3 Sv. Bij vernietiging van het vonnis is het gerechtshof niettemin bevoegd bepaalde gedeelten daarvan in zijn arrest over te nemen.⁹ Wat mag in ons model is dat het hof, nadat een vonnis geheel of gedeeltelijk is vernietigd, en dus in de prullenbak is beland, toch een gedeelte ervan opnieuw gebruikt. Uit de prullenbak wordt dus een geel plakkertje opgediept, met een motivering die van pas komt, en deze kan het hof – als ware deze van hemzelf afkomstig – aan een door hemzelf neergezet blokje vast-

⁸ De onmogelijkheid om uitsluitend de kwalificatie te vernietigen heeft geleid tot de opname van art. 423a Sv. Daar gaat het over de vermelding van de wetsartikelen in het vonnis. Die zijn nauw verbonden met de kwalificatie en de wetgever heeft, om misverstanden te vermijden, expliciet de vernietiging uitsluitend op dit punt mogelijk gemaakt. In de wet Stroomlijnen hoger beroep (zie noot 16) is art. 423a geschrapt, omdat deze voorziening uiteindelijk overbodig werd geacht.

⁹ Tot de nog nader te bespreken wet Stroomlijnen hoger beroep die op 1 maart 2007 in werking is getreden gold de restrictie: voor zover deze niet aan nietigheid lijdten. Op dit onderdeel zal hierna nog worden ingegaan.

plakken. Strikt genomen zou deze vorm van afvalverwerking illegaal genoemd kunnen worden, vandaar het woordje ‘niettemin’ in de wetstekst.

4. Waaron vernietigen? Twee redenen

Voor de vernietiging van het vonnis in hoger beroep zijn twee soorten redenen. De eerste reden reflecteert het feit dat het hof de beslissingen op de vragen van art. 348 en 350 Sv (ook) zelf moet beantwoorden. Art. 415 Sv verklaart die bepalingen immers van overeenkomstige toepassing. Dan kan het zo zijn dat het hof binnen dat patroon van vragen tot een andere beslissing komt dan de rechtbank. De redenen voor het hof om het op een of meer punten anders te doen kunnen velerlei zijn. Het kan zijn dat er een andere waardering van de feiten plaatsvindt, waardoor het hof tot een vrijspraak komt. Of het hof acht een andere straf beter passend. Omdat het vonnis niet ‘vanzelf’ of van rechtswege vervalt dient het te worden vernietigd. Anders zouden in de strafzaak twee beslissingen naast elkaar blijven bestaan. In deze gevallen kan, afhankelijk van de beslissing die het hof neemt, soms worden volstaan met een gedeeltelijke vernietiging en bevestiging voor het overige. Hierbij dient het schema uit de vorige paragraaf te worden gehanteerd.

De tweede reden voor vernietiging van het vonnis is veel gecompliceerder: vernietiging omdat het vonnis op een of meer punten aan nietigheid lijdt. Het is zelfs zo dat in die gevallen vernietiging verplicht is. De hoofdregel luidt namelijk: wat nietig is kan niet worden bevestigd.

Nietigheid kan op vele punten van het vonnis optreden, zij is het gevolg van het niet-naleven van vormvoorschriften. Dat zijn procedurele normen waaraan de rechtbank zich moet houden. De eerste groep van vormvoorschriften wordt gevormd door de voorschriften die het vonnis zelf betreffen. Allereerst moeten in het vonnis bepaalde beslissingen voorkomen – welke dat zijn schrijft art. 358 Sv voor. Niet naleving van die ‘inrichtingsvoorschriften’ leidt tot de strenge sanctie van art. 358 lid 5, dat luidt: ‘Alles op straffe van nietigheid’. Vervolgens moeten de beslissingen in het vonnis worden gemotiveerd, op een wijze die is voorgeschreven in art. 359 Sv. En lid 9 van art. 359 Sv luidt weer: ‘Alles op straffe van nietigheid’. Voor alle duidelijkheid: deze nietigheid betreft het vonnis, dat niet aan de (cruciaal gedachte) motiveringsvoorschriften voldoet. Terugdenkend aan de blokkendoos van par. 3 zijn deze motiveringen de gronden die, als waren het gele plakkertjes, op de blokjes die de afzonderlijke beslissingen voorstelden werden bevestigd. Hierbij moet zich men realiseren dat het ontbreken of ontoereikend zijn van de motivering (het plakkertje) de nietigheid van de beslissing (het blokje) meebrengt. Het duidelijkste voorbeeld is de beslissing tot bewezenverklaring. Deze beslissing is in art. 359 Sv onderworpen aan versterkte motiveringseisen. De meest wezenlijke eis is wel dat de bewezenverklaring uit de bewijsmiddelen, die in het vonnis zijn opgenomen, moet kunnen worden afgeleid. Zijn de bewijsmiddelen ontoereikend, dan is de beslissing tot bewezenverklaring nietig. In zijn zuiverste uitwerking betekent dit dat

alleen vernietiging van zo'n onvoldoende door bewijsmiddelen geschraagde bewezenverklaring denkbaar is. Het bevestigen ervan, met verbetering van de bewijsmotivering (in de vorm van het verbeteren of aanvullen van de gronden) is in strijd met de interne logica van het systeem. Bevestiging van de bewezenverklaring met verbetering van gronden is dus alleen mogelijk als de beslissing, zoals die er ligt, op zichzelf 'geldig' is, dus al wel voldoende door de bewijsmiddelen wordt ondersteund. Het verbeteren van de gronden komt zodoende neer op het aanbrengen van enige 'franje', door bijvoorbeeld een bewijsmiddel toe te voegen dat de beslissing nog sterker maakt, of het kappen van enig 'dor hout', door enkele overbodige bewijsmiddelen te elimineren.

Ten slotte, nog maar eens, voor de 'verwerking' van de nietigheden die aan onderdelen van het vonnis kleven kan het basisschema voor de gedeeltelijke bevestiging of vernietiging behulpzaam zijn. Bij het zojuist gegeven voorbeeld – een onvoldoende gemotiveerde bewezenverklaring – is bijvoorbeeld slechts algehele vernietiging denkbaar. Betreft de nietigheid alleen de strafoplegging, veroorzaakt door een ontoereikende motivering dan kan volstaan worden met een gedeeltelijke vernietiging van die beslissing: het 'bovenste blokje'.

Een laatste verschijningsvorm van verplichte vernietiging van het vonnis omdat dit aan nietigheid leidt is een welhaast verborgen variant. Dat betreft niet zozeer de nietigheid die uit het vonnis zelf voortspuit, maar de doorwerking van nietigheden die ontstaan zijn op het onderzoek ter terechtzitting. Dan gaat het om ernstige vormverzuimen bij de behandeling van de zaak. Bijvoorbeeld: er is verzuimd een getuige de eed te laten afleggen. Dergelijke vormverzuimen hebben als eerste resultaat dat het onderzoek ter terechtzitting nietig is en vervolgens als effect dat ook het vonnis, dat immers voortbouwt op het (nietige) onderzoek, nietig is. En omdat een nietig vonnis niet kan worden bevestigd moet het altijd worden vernietigd. Denkend aan het blokkendoosmodel moet men zich voorstellen dat de blokjes (het vonnis) op een grondvlak of fundament zijn geplaatst, dat het onderzoek ter terechtzitting voorstelt. Is dit fundament ondeugdelijk dan is ook het daarop rustende bouwwerk gevaarlijk labiel en moet het worden gesloopt: vernietigd dus.

5. Een korte opmerking over de doorwerking in cassatie

De manier waarop het gerechtshof in hoger beroep het vonnis van de rechtbank in termen van vernietiging of bevestiging heeft verwerkt wordt in cassatie door de Hoge Raad volledig getoetst. Het betreft immers toepassing van art. 424 Sv. In sommige gevallen kan de Hoge Raad ook alleen langs die weg de uitkomst van het strafproces controleren, namelijk als het hof de beslissing van de rechtbank met overneming van gronden heeft bevestigd. De uitkomst van de procedure in hoger beroep is dan dezelfde als die in eerste aanleg, en de vraag die dan eigenlijk wordt gesteld is of het hof op juiste gronden het vonnis van de rechtbank heeft bevestigd. Hiervoor is uiteindelijk een onderzoek in cassatie van dat eerdere vonnis vereist.

Kleeft daaraan een ernstig gebrek – het vonnis lijdt aan een ‘dodelijk’ vormverzuim of er sprake geweest van een beslissing die in strijd is met het recht – dan had het hof dat vonnis niet mogen bevestigen. Deze doorwerking van het vonnis in cassatie maakt dat de hoven in de praktijk erg huiverig zijn om een vonnis te bevestigen – er kan ‘zomaar’ ergens een gebrek aankleven dat door het hof over het hoofd wordt gezien, maar dat de Hoge Raad wel ontdekt. De Hoge Raad zal dan constateren dat het vonnis ten onrechte is bevestigd en dat kan weer aanleiding zijn voor vernietiging van het arrest van het hof en verwijzing naar een ander hof (dan wel terugwijzing naar hetzelfde hof) om de zaak opnieuw in hoger beroep te berechten. Hierbij moet worden opgemerkt dat de Hoge Raad zo zijn eigen belangenafweging maakt bij de vraag of een verzuim, zoals het ten onrechte bevestigen van een vonnis, ook daadwerkelijk tot cassatie (vernietiging) moet leiden. Het belang dat uiteindelijk gediend wordt met ver- of terugwijzing wegens een puur formele fout is uiteindelijk gering. De Hoge Raad is steeds creatiever geworden in het ‘rechtbreien’ van zulke fouten, ook voor zover die betrekking hebben op de verwerking in hoger beroep van het vonnis in eerste aanleg.¹⁰ Hoezeer een bespreking van die werkwijze van de Hoge Raad op dit punt belangwekkend is, uiteindelijk zegt dit meer over de specifieke invulling van de taak van de cassatierechter dan over de hoven ‘als zodanig’. De jurisprudentie van de Hoge Raad blijft hier daarom buiten beschouwing. Daarvoor is des te meer aanleiding omdat sinds aan aantal jaren de ‘afsprake’ geldt dat de hoven standaard tot vernietiging van de vonnissen van de rechtbanken overgaan. Dat betekent dat de stroom van jurisprudentie over het al dan niet ten onrechte bevestigen is opgedroogd. Een verdere rechtsontwikkeling is op dit punt dus (vooralsnog) niet meer te verwachten. Voor de Hoge Raad heeft de standaardvernietiging door de hoven als voordeel dat niet meer teruggegrepen hoeft te worden op het vonnis in eerste aanleg en evenmin op het onderzoek ter terechtzitting dat daartoe heeft geleid. Bij vernietiging van het vonnis heeft het hof dat alles immers ‘van tafel geveegd’ en daarmee aan toetsing door de Hoge Raad onttrokken. Hierdoor is de werklast van de cassatierechter effectief verminderd.

6. Het fenomeen nietigheid nader bezien

Zoals we zagen speelt het fenomeen ‘nietigheid’ een belangrijke rol bij de vraag of het hof tot bevestiging of vernietiging van het vonnis over zal gaan. Is een beslissing nietig dan *moet* zij worden vernietigd, waaronder begrepen het geval dat het onder-

¹⁰ Soms beweert men dat de Hoge Raad welhaast tot extra creativiteit wordt gedwongen door toename van het aantal fouten dat de hoven maken. Wellicht kan men met ten minste evenveel reden betogen dat deze ontwikkeling het gevolg is van de gaandeweg veranderende kijk van de Hoge Raad op zijn positie als cassatierechter, waarbij de belangen die gediend worden met vernietigen en verwijzen meer en meer worden afgewogen tegen de nadelen ervan.

zoek ter terechtzitting in eerste aanleg nietig was. Wat is nu nietigheid en waarom bestaat dat verschijnsel?

Als een van de eerste dingen leert de jurist dat nietigheid in het strafrecht eigenlijk vernietigbaarheid is – daarmee wordt bedoeld dat een nietige rechterlijke beslissing gewoon rechtskracht heeft, tenzij deze door een hogere rechter wordt vernietigd. In de kern zegt die uitspraak echter nauwelijks iets over het verschijnsel nietigheid. Hetzelfde – vernietigbaarheid – geldt namelijk ook voor beslissingen die ‘niet-nietig’ zijn. Ook ‘geldige’ rechterlijke beslissingen zijn in beginsel vatbaar voor tenuitvoerlegging, tenzij ze worden vernietigd door de hogere rechter. Dat kan bijvoorbeeld als die hogere rechter het simpelweg niet eens is met die beslissing. Verder is er in het verleden heel veel energie besteed aan de vraag wanneer een bepaalde beslissing nietig genoemd zou moeten worden. Uiteindelijk heeft de wetgever daaraan een hele wet gewijd – de wet Vormverzuimen – met als resultaat dat het aantal ‘nietigheden’ in het Wetboek van Strafvordering danig is gereduceerd. Het effect daarvan was dat een rechterlijke beslissing minder vaak op basis van formele gebreken hoefde te worden vernietigd. Daarbij was de wetgever echter al vooraf gegaan door de Hoge Raad, die gaandeweg zijn eigen jurisprudentie had gevormd om al te ver doorschietend formalisme te voorkomen. Dat is het leerstuk van de relativering van nietigheden. Hoewel een bepaald vormvoorschrift is geschonden, aan welker schending door de wet nietigheid is verbonden, behoeft dat niet tot vernietiging aanleiding te geven als het onderliggende belang niet is geschonden. Een daarmee verwante figuur is het geval dat gebrek achteraf door de Hoge Raad kan worden gerepareerd, zodat dit voor vernietiging geen reden meer is. Overigens bedacht de Hoge Raad in hetzelfde tijdvak er een paar niet in de wet zelf geregelde nietigheden bij – de zogenaamde substantiële nietigheden.^{11,12}

Aldus lijkt het er op dat wetgever en rechter alsmaar druk doende zijn zich bezig te houden met de consequenties van nietigheden. Het onderliggende begrip wordt echter zelden ter discussie gesteld. Nog steeds wordt de suggestie gehandhaafd dat nietigheid een statische toestand is, die neerkomt op een niet-zijn of niet-bestaan van een bepaalde processuele handeling. Om die toestand – een inherent gebrek – te ‘helen’ is geen andere weg denkbaar dan het herstel van de rechtsgeldig vereiste toestand. In die zin is vernietiging en vervolgens – in termen van het hoger beroep – het

¹¹ Substantieel, omdat het gaat om schending van vormvoorschrift dat naar de inhoud nietigheid meebrengt. Bij de klassieke nietigheden geeft de wet dat zelf aan, dit zijn de formele nietigheden.

¹² De baaierd aan nietigheden was voor de appelrechter van eminent belang, totdat de standaardvernietiging usance werd, diende men alvorens toe te treden tot het hof toch tenminste het fameuze werk van P.S. de Gruyter, getiteld *Nietigheden in het strafproces en techniek der appellerechtspraak in strafzaken* (5e druk, 's-Gravenhage : Staatsdrukkerij 1976), grondig te hebben bestudeerd.

opnieuw recht doen de enige oplossing om aan de *horror vacui*¹³ te ontsnappen. Uiteindelijk krijgt het begrip nietigheid metafysische trekken. Het is de abstractie geworden van het oorspronkelijke fysieke gebeuren, waarbij vonnissen en arresten daadwerkelijk werden vernietigd, of zoals het bij beroep in cassatie nog beeldender heet, *gecasseerd* (gebroken).

In contrast met de zojuist geschetste volstrekt dogmatische benadering valt echter te wijzen op wat meer praktische instrumenten die de wetgever zelf hanteert. Een eerste bepaling waarop de aandacht kan vallen is te vinden in art. 256 lid 2 Sv. Die luidt: Is het onderzoek ter terechtzitting aangevangen, dan kan (...) verzuim van vormen tijdens het voorbereidend onderzoek niet meer tot nietigheid leiden. De bedoeling daarvan was dat na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting verzuim van vormen tijdens het voorbereidend onderzoek begaan voor gedekt werden gehouden en daarop ook geen beroep meer kon worden gedaan.¹⁴ Gelet op de plaatsing van de bepaling dient men bij het voorbereidend onderzoek te denken aan het gerechtelijk vooronderzoek, waarbij het uiteraard kan voorkomen dat bepaalde vormen zoals betekeningen e.d. niet rechtsgeldig hebben plaatsgevonden. Na aanvang van het onderzoek op de terechtzitting behoorde aan eventuele nietigheid daarvan geen consequentie te worden verbonden, omdat dit zou neerkomen op het ‘overdoen’ van bepaalde handelingen in de context van het vooronderzoek, waardoor het eindonderzoek onherstelbaar in het slop zou kunnen geraken. Dergelijke gebreken dienden zo mogelijk voor aanvang van de terechtzitting te worden hersteld, de art. 199 (voor de rechter-commissaris) en art. 256 lid 1 (voor de raadkamer) boden daarvoor ruimschoots de mogelijkheid. Maar na aanvang van de terechtzitting is het ‘uit’. Art. 256 lid 2 leidt al sinds de inwerkingtreding van het huidige wetboek een slapend bestaan – denkkelijk omdat de logica ervan vanzelfsprekend is. Dit neemt echter niet weg dat de bepaling een belangrijk structuurkenmerk van het wetboek bevat: aan de doorwerking van bepaalde fouten (nietigheden) is een grens gesteld: is een volgende fase in het strafproces aangebroken dan tellen de oude gebreken niet meer mee. Voor ons onderwerp levert zij het inzicht op dat de wetgever kan verhinderen dat aan nietigheid als consequentie vernietiging wordt verbonden. Zoals wij zagen kon de Hoge Raad gaandeweg ook langs jurisprudentiële weg de band doorknippen tussen de (formele) nietigheid en de vernietiging, doch dit is slechts in een beperkt aantal gevallen geschied – hetgeen samen-

¹³ In de natuurkunde van de Oudheid en de Middeleeuwen werd de term gebruikt voor het verschijnsel dat de natuur de leegte schijnt te verafschuwen: op een plekje onbedekte grond zullen al gauw planten verschijnen, en het vacuüm niet zou kunnen bestaan. Deze hypothese gaat terug op Aristoteles. In de filosofie staat *horror vacui* voor de onzekerheid van de mens, die niet kan leven met twijfel en onzekerheden, en niet ingevulde vraagtekens (bron: Wikipedia).

¹⁴ A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, Haarlem: Tjeenk Willink 1925, I, p. 619.

hangt met de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, die een andere is dan die van de wetgever.

Als tweede, maar dan nieuwer element in de wetgeving valt de aandacht op art. 359a Sv. Ook dat artikel heeft betrekking op vormverzuimen tijdens het voorbereidend onderzoek, maar daarmee wordt eerder¹⁵ gedoeld op het opsporingsonderzoek. In de bepaling zijn drie mogelijke rechterlijke reacties op vormverzuimen genoemd: strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Een reactie die ook denkbaar is, is het herstel van het vormverzuim. Volgens lid 1 komt de rechter dan aan de eigenlijke sancties niet toe. Ten slotte is in de jurisprudentie – in het voetspoor van het EHRM – ook de enkele constatering van een verzuim, zonder dat daaraan nadere consequenties worden verbonden, tot ontwikkeling gekomen. Opvallend is dat dit afdoeningsmodel bij vormverzuimen geheel los staat van het concept van de nietigheid. De wetgever heeft deze zelf buiten de deur gehouden, door te spreken van vormverzuimen waarvan het rechtsgevolg niet uit de wet blijkt. Daarmee zijn de formele nietigheden wegge-definieerd. Niettemin is er, naar de inhoud kijkend van hetgeen wordt geregeld, een overlap of tenminste een sterke parallel aanwezig met de sanctie van nietigheid. Alleen beperkt de wetgever zich in art. 359a uitsluitend tot aanwijzing van de mogelijke reactie op vormverzuimen – passend in het beslissingspatroon van de art. 348 en 350 Sv – zonder dat de onderliggende ‘foute’ handeling zelf op enige wijze wordt ‘gediskwalificeerd’ als nietig. Men kan dus heel goed leven zonder dat begrip.

7. De wet Stroomlijnen hoger beroep

Bij het tot stand komen van de wet Stroomlijnen hoger beroep¹⁶ is ook het vraagstuk van het bevestigen of vernietigen in hoger beroep aan de orde gekomen. Uiteindelijk is er iets gesleuteld aan art. 423 Sv. De leden 1 en 3 luiden thans:¹⁷

1. Het gerechtshof kan het vonnis hetzij geheel bevestigen, hetzij gedeeltelijk bevestigen en gedeeltelijk vernietigen, hetzij geheel vernietigen. Het gerechtshof bevestigt het vonnis geheel hetzij met gehele of gedeeltelijke overneming hetzij met aanvulling of verbetering van gronden. Ingeval het vonnis geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, doet het gerechtshof wat de rechtbank had behoren te doen, behoudens terugwijzing op grond van het tweede lid.

2. (...)

¹⁵ Niet uitsluitend, denk bijvoorbeeld aan *undue delay*, dat ook in de vervolgingsfase kan optreden.

¹⁶ Wet van 5 oktober 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot het hoger beroep in strafzaken, het aanwenden van gewone rechtsmiddelen en het wijzigen van de telastlegging (stroomlijnen hoger beroep), *Stb.* 2006, 470.

¹⁷ De wetswijziging is mede op dit punt per 1 maart 2007 in werking getreden, KB van 10 februari 2007, *Stb.* 2007, 70.

3. In geval van vernietiging van het vonnis is het gerechtshof niettemin bevoegd bepaalde gedeelten daarvan in zijn arrest over te nemen.

Een eerste beschouwing van de gewijzigde bepaling leert dat in het eerste lid de – in de praktijk al lang bestaande – mogelijkheid van gedeeltelijke bevestiging, die gepaard gaat met gedeeltelijke vernietiging, nu in de tekst van de wet is opgenomen. Verder is in het derde lid – de ‘knip- en plakbepaling’ – de zinsnede ‘voor zover deze niet aan nietigheid lijden’ vervallen. Aan deze wijzigingen kan zo op het oog geen revolutionaire betekenis worden toegekend. Het curieuze is echter dat de wetgever wél blijkt geeft van vergaande ambities.

In de memorie van toelichting¹⁸ wordt kort gerefereerd aan het voorstel van de Onderzoeksgroep Strafvordering 2001, om – ingeval de hoger beroepsrechter tot een inhoudelijke einduitspraak komt – het vonnis in eerste aanleg van rechtswege te doen vervallen.¹⁹ Volgens de minister komt dat voorstel ‘feitelijk neer op het in beginsel vernietigen van het vonnis in eerste aanleg.’ Maar, zo lezen we, in de door het departement zelf ingestelde Werkgroep hoger beroep en verzet, die aan de basis heeft gestaan van het wetsvoorstel, ‘is de voorkeur uitgesproken voor een systeem waarin de appèlrechter²⁰ het vonnis bevestigt in zoverre hij daarmee instemt... De vernietiging wordt immers niet gemotiveerd. De appèlrechter slaat zichzelf aldus een belangrijk instrument uit handen om de rechtsontwikkeling te sturen en de rechtseenheid te bevorderen. Door de tekstuele wijzigingen in artikel 423 Sv wordt thans beoogd de bestaande huiveringen tegen bevestigen van vonnissen weg te nemen.’

Na de geciteerde passage volgt²¹ een korte beschouwing over vormvoorschriften. Daarin ‘kan een grond voor de vernietiging van de aangevallen beslissing worden gevonden. Maar een vormverzuim behoeft niet tot vernietiging van een vonnis te leiden. Het past bij het concept van het voortbouwend hoger beroep, dat het gerechtshof, met inachtneming van hetgeen ter zitting in hoger beroep is geschied, oordeelt of aan enig vormverzuim in eerste aanleg vernietigende betekenis moet worden toegekend. De belangen die in het geding zijn, komen door hoger beroep immers in een ander daglicht te staan vanwege die behandeling in hoger beroep dan bij de beoordeling naar de stand van zaken op het moment van wijzing of uitwerking van het vonnis in eerste aanleg. Een veroordeling, die mede berust op een proces-verbaal dat ter zitting in eerste aanleg volgens het proces-verbaal van de zitting niet (ook niet verkort) is voorgelezen maar dat wel als grond is aangevoerd voor de veroordeling kan niet zonder meer in stand blijven. Maar indien dat proces-verbaal

¹⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 320, nr. 3.

¹⁹ MvT (zie de vorige noot), p. 30.

²⁰ In de nieuwe spelling had dat moeten zijn: appelrechter.

²¹ MvT, p. 31.

vervolgens in hoger beroep is voorgelezen en besproken en het gerechtshof komt te dien aanzien tot dezelfde bevindingen als de rechter in eerste aanleg, dient een bevestiging mogelijk te zijn, dan wel gebruikmaking van dat gedeelte van het vonnis in geval het vonnis op andere gronden toch wordt vernietigd. De zinsnede in artikel 423, derde lid, Sv aangaande gebruik van delen van het vonnis «voor zoover deze niet aan nietigheid lijden» is daarom te restrictief en kan vervallen.’

Met dit – toegegeven vrij uitgebreide – citaat moet de uitlegger van de (gewijzigde) wet ‘het doen’. Nergens is in het verdere wetgevingstraject enige aandacht besteed aan dit aspect van het wetsvoorstel. Dat is jammer, want de ambitie waar de MvT blijk van geeft valt niet of nauwelijks in verband te brengen met wat daadwerkelijk is voorgesteld. Door op dit punt niet om nadere explicatie te vragen is de medewetgever bepaald te kort geschoten. Maar uiteraard dient primair de indiener van het wetsvoorstel te worden gekapitteld.

Allereerst kan worden herhaald dat de aanvulling van het eerste lid van art. 423 Sv met gedeeltelijke bevestiging in het geheel niets nieuws brengt. Daarmee wordt slechts de al lang bestaande werking van het systeem bevestigd.

Vervolgens worden ‘wonderen’ verwacht van het schrappen van het laatste deel van art. 423 lid 3 Sv. Dat effect is echter twijfelachtig. Eerst roep ik nog eens in herinnering dat art. 423 lid 3 slechts een rol speelt bij *vernietiging* van het arrest. Dat blijkt ook rechtstreeks uit de tekst: bij vernietiging kunnen niettemin bepaalde gedeelten uit het (vernietigde) vonnis worden overgenomen. Met de keuze tussen bevestigen of vernietigen heeft de bepaling op zichzelf niets te maken. Niet gemakkelijk valt in te zien hoe deze bijdraagt aan de zo gewenste uitkomst om het vonnis te bevestigen voor zover de hoger beroepsrechter het daarmee eens is. De huiver daarvoor wordt niet weggenomen – integendeel, de trend om te vernietigen wordt daardoor bevestigd, zo lijkt het. En, denkend in de termen van de MvT, de bepaling van het derde lid is nooit bedoeld om een signaal in het kader van rechtsontwikkeling of bewerkstelling van rechtseenheid in de richting van de eerste rechter af te geven, maar gold alleen als werkbesparing voor de hoger beroepsrechter. In het geautomatiseerde knip- en plaktijdperk is die werkbesparende functie echter geminimaliseerd. Men zou in toelichting hooguit een aansporing kunnen lezen om die overnamemogelijkheid ruimer te benutten, maar de wetswijziging zelf draagt daartoe niet of nauwelijks bij. Immers, een aan een bepaald gedeelte van het vonnis inherent klevende nietigheid die aan overname in de weg staat valt niet gauw aan te wijzen.

Wellicht – maar dat is gelet op het zwijgen van de wetgever speculatief – is gedacht aan de mogelijkheid om een vonnis (geheel) te vernietigen (zoals gezegd de voorwaarde voor toepassing van art. 423 lid 3) en daarna alsnog een *beslissing* uit het vernietigde vonnis over te nemen, als ware deze bevestigd. Bijvoorbeeld: Vernietiging van het vonnis waarvan beroep omdat het hof tot een andere bewezenverklaring komt, kwalificatie als door het hof te geven en ‘overname’ uit het vernietigde

vonnis van de beslissing omtrent de strafbaarheid van de dader en de strafoplegging. Dat zou neerkomen op het op creatieve wijze omzeilen van het stelsel. Of het de bedoeling is een dergelijke figuur mogelijk te maken kan moeilijk worden uitgemakt. De MvT (zie hierboven) spreekt alleen – bij wijze van voorbeeld – van het overnemen van een proces-verbaal dat in eerste aanleg niet is voorgelezen, maar welker voorlezing wel in hoger beroep zou hebben plaatsgevonden. Afgezien van het feit dat de logica bij dit voorbeeld wel erg ver te zoeken is, wordt bepaald niet gerefereerd aan het overnemen van reeds vernietigde beslissingen. Kortom, ook met een maximum aan goede wil valt uit de aangebrachte wetswijziging geen werkbaar stelsel af te leiden. Mijn conclusie is dat de voorgestelde wetswijziging, alle goede bedoelingen ten spijt, als mislukt is te beschouwen.

8. Hoe dan?

Allereerst lijkt mij het goed te constateren dat de wetgever in een moeizaam wellesnietes spelletje lijkt te zijn verzeild, met als gezegd fatale gevolgen. Strafvordering 2001 zegt: het vonnis vervalt. De wetgever maakt daarvan: dat komt neer op altijd vernietigen. En dat willen wij niet, omdat zo waardevolle feedback voor de eerste aanleg achterwege blijft. En vervolgens wordt lippendienst bewezen aan het uitgangspunt dat vonnissen moeten kunnen worden bevestigd (tenzij ...), terwijl de mogelijkheden daartoe uiteindelijk in het geheel niet worden vergroot – wat kennelijk wel de bedoeling was.

Me dunkt dat de wetgever bij de keuze van zijn premissen al een fout maakt. De strekking van de voorstellen van Strafvordering 2001 was bepaald niet om in alle gevallen het vonnis te vernietigen, maar de bedoeling was veeleer om door het introduceren van het instrument van het ‘van rechtswege vervallen’ het ‘vernederende’ effect van de vernietiging te neutraliseren. Daarmee wordt ook niet, zoals de MvT stelt, *per se* een rem gezet op de taakuitoefening van de hoger beroepsrechter ten aanzien van de rechtsontwikkeling en het bewaken van de rechtseenheid, omdat door kennisneming van de uitspraak van het hof daaruit – ook door de eerste lijnsrechter – in beginsel alle informatie op de genoemde punten valt te destilleren. Het lijkt er al met al sterk op dat aloude ressentimenten van de eerste aanleg ten opzichte van de appelinstantie de overhand hebben gekregen, waarbij het doen vervallen van de uitspraak van de rechtbank kennelijk dezelfde negatieve connotatie heeft als het vernietigen ervan. Vervolgens wordt krampachtig vastgehouden aan het oude stelsel, zonder dat men bij machte is dat wel effectief te doen functioneren. Kortom: er is sprake van een impasse. Om daaraan te ontsnappen lijkt mij een algehele stelselwijziging van de wijze van verwerking in hoger beroep van de beslissingen in

eerste aanleg aangewezen. Om daartoe te komen doe ik de wetgever²² een aantal suggesties aan de hand, die weliswaar in onderling verband dienen te worden beschouwd, doch die niet noodzakelijkerwijs alle behoeven te worden overgenomen.

- a. Het begrippenpaar ‘vernietigen’ en ‘bevestigen’ kan het beste vervallen. Het voordeel daarvan is dat een frisse start wordt gemaakt. Een suggestie: gebruik de termen ‘bekrachten’ en ‘vervallenverklaring’ van het vonnis. Het begrip bekrachten is natuurlijk bekend als beslissing op het ingestelde verzet – art. 403 Sv(oud) – maar zoals bekend is dat rechtsmiddel geschrapt bij de wet Stroomlijnen hoger beroep. De genoemde begrippen zijn dus ‘vacant’.
- b. Een iets verder gelegen voorstel in verband met het voorgaande is om het begrip ‘nietigheid’ als sanctie – of beter *kenmerk* – van een rechterlijk vormverzuim geheel te laten vervallen – uiteraard met uitzondering van de nietigverklaring van de dagvaarding, omdat dit een einduitspraak is in de zin van art. 138 Sv. De gedachte aan de kennelijke noodzaak om bij schending van een vormverzuim dat op straffe van nietigheid is gesteld ook het vonnis te vernietigen kan maar het beste worden vermeden.
- c. Knip de band door tussen het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg en de wijze van verwerking van het vonnis in hoger beroep. Dat kan door, in de geest van art. 256 lid 2 Sv, te bepalen dat vormverzuimen, begaan tijdens het onderzoek in eerste aanleg, geen aanleiding geven tot vernietiging (of vervallenverklaring, in mijn voorstel) van het vonnis, met uitzondering van de gevallen genoemd in art. 423 lid 2 Sv. Die uitzondering betreft de situatie waarin vernietiging van het vonnis samengaat met het terugwijzen van de zaak naar de rechtbank. Dat²³ is namelijk ook het enige geval dat een vormfout in eerste aanleg (een zodanig ernstig vormverzuim dat niet meer van een geldige behandeling gesproken kan worden) er ook werkelijk toe doet. Met andere woorden: de vernietiging heeft daar een reële doorwerking naar het onderzoek ter terechtzitting – dat moet namelijk worden overgedaan. Hierbij wijs ik er nog maar eens op dat in het huidige stelsel de vernietiging als het ware ‘vanzelf’ het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg buiten elke vorm van toetsing plaatst. Met andere woorden: van een reële controle op het naleven van vormverzuimen is in de hantering van het huidige stelsel geen sprake – niet in hoger beroep en evenmin in cassatie. Van enig verlies aan rechtbescherming is dan ook geen sprake. Wel is er sprake van winst, omdat in mijn voorstel de aandacht gericht kan worden op het vonnis zelf. Dat kan bevestigd worden, ook als er in eerste aanleg vormverzuimen zijn begaan – tenzij die dermate fataal zijn dat een algehele terugwijzing, dus een reparatie

²² Van wie wij het in deze moeten hebben, omdat de rol van de Hoge Raad in de rechtsontwikkeling op dit punt de facto is uitgespeeld.

²³ Afgezien van de gevallen waarin de rechtbank ten onrechte is ‘blijven steken’ in een formele einduitspraak.

van de gebreken in de instantie waarin deze zijn opgetreden, aan de orde is. Wel dient de behandeling in hoger beroep van een zodanige kwaliteit te zijn geweest, dat mogelijke vormverzuimen in de eerste aanleg – voor zover daarbij ook in hoger beroep nog een belang is gemoeid – adequaat zijn hersteld. Een voorbeeld: in eerste aanleg is verzuimd een getuige te beëdigden. In het huidige stelsel maakt dat het onderzoek in eerste aanleg nietig en staat het verzuim zonder meer in de weg aan bevestiging van het vonnis. In mijn systeem kan bevestiging (of bekrachtiging) wel degelijk geschieden, indien de getuige in hoger beroep wel is beëdigd. Maar ook – en dat gaat nog iets verder – indien in de visie van het hof de betreffende getuigenverklaring op geen enkele wijze van invloed is op enige beslissing in het kader van de art. 348 en 350 Sv kan het vonnis worden bekrachtigd.²⁴

- d. Relatieve de ijzeren logica van de blokkendoos. Als het gaat om (gedeeltelijk) bevestigen en vernietigen is het schema van de blokkendoos, met op elkaar voortbouwende beslissingen, toe aan enige relativering. Dat past bij de ontwikkeling die het grondslagstelsel als zodanig de laatste decennia heeft doorgemaakt. Want dat grondslagstelsel is uiteindelijk hier ook aan de orde: het systeem van bevestigen en vernietigen bouwt voort op de in de art. 348 en 350 gelegde koppeling aan de telastelegging. Binnen het grondslagstelsel is echter meer en meer ruimte voor afwijkingen, of variaties, als daardoor de *strafrechtelijke betekenis* van het feit niet wordt gewijzigd. Zo behoeft m.i. een iets andere kijk op de bewezenverklaring in hoger beroep bepaald niet (meer) tot algehele vernietiging van het vonnis te leiden, mits die strafrechtelijke betekenis ongewijzigd is gebleven. Denk bij een telastegelegde mishandeling bijvoorbeeld aan het vervangen van stompen door slaan. Een dergelijke wijziging in hoger beroep behoeft geen aanleiding te zijn tot vernietiging van de bewezenverklaring, maar deze zou op dat punt ook *verbeterd* kunnen worden. De wetgever zou daarvoor maar het beste een expliciete voorziening kunnen treffen, zoiets als: het hof kan bij bekrachtiging (of bevestiging) van het vonnis de bewezenverklaring van de rechtbank verbeteren, indien de strafrechtelijke betekenis van hetgeen is bewezenverklaard daardoor niet wordt gewijzigd.
- e. Eenzelfde werkwijze ligt voor de hand bij de kwalificatie van het bewezenverklaarde. Befaamd zijn de verschillende varianten van gekwalificeerde diefstal: met braak, verbreking, inklimming, etc. Naar mijn bescheiden mening

²⁴ Deze benadering komt in de buurt van die van het EHRM, dat overwegend als insteek heeft dat de vraag naar een eerlijk proces (fair hearing) niet primair per instantie moet worden beoordeeld, maar in de ‘procedure as a whole’, dus in ons geval over beide feitelijke instanties tezamen. Voor zover het gaat om flagrante schendingen van het recht op een fair hearing in de eerste aanleg, lijkt ook in de visie van het EHRM soms (in hoger beroep) een duidelijke reactie op dat gebrek te zijn aangewezen. Gemakshalve laten we die gevallen maar samenvallen met de gevallen waarin de Hoge Raad – met analogische toepassing van art. 423 lid 2 Sv – terugwijzing naar de eerste aanleg eist.

verandert er in de strafrechtelijke betekenis van het feit niet iets wezenlijks, als het hof het op dit punt anders ziet dan de rechtbank. Ook ten aanzien van de kwalificatie kan een met de bewezenverklaring vergelijkbare verbetermogelijkheid in de wet worden opgenomen.

- f. Vervallenverklaring alleen bij door het hof te geven *andere beslissingen*. Als min of meer logisch uitvloeisel van de voorgaande punten is er (zo goed als) alleen maar reden voor het hof om het vonnis van de rechtbank niet te bekrachtigen, indien het hof na de behandeling in hoger beroep van mening is dat er een (wezenlijk) andere beslissing dient te volgen. Bijvoorbeeld: de voorbedachte raad, waarvan was vrijgesproken, wordt in hoger beroep alsnog bewezen geacht, waardoor de kwalificatie verschuift van doodslag naar moord. In zulke gevallen moet het oude vonnis vervallen en dient opnieuw recht te worden gedaan. Daarbij is overigens nog ruimte voor de aloude gedeeltelijke bevestiging, met name als het hof uitsluitend tot een andere strafoplegging komt. Dan behoeft het vonnis alleen in zoverre te worden vernietigd (of, in mijn voorstel, alsdan *vervalt* de strafoplegging van de rechtbank).
- g. In alle gevallen, waarin de bestreden beslissing wordt overgenomen door het hof, bestaat naast de mogelijkheid van overneming gronden de mogelijkheid tot verbetering van de gronden. Dat betekent dat ook een 'rammelende' motivering van de bewezenverklaring op deze wijze kan worden gerepareerd. Het lijkt mij aan te bevelen deze voorziening uitdrukkelijk in de wet te regelen, zodat duidelijk is dat ook wat de toetsing in cassatie betreft, uitsluitend de door het hof verbeterde motivering van de beslissing aan de orde is.²⁵

9. Een nieuw geluid?

De vraag kan rijzen of een wijziging van het stelsel als voorgesteld enige zin heeft. Indien de hoven blijven volharden in hun 'vernietigende' werkwijze dan is het antwoord uiteraard negatief. Dan kan de wetgever zich de moeite besparen om daadwerkelijk aan het stelsel te sleutelen. Anderen zullen wellicht menen dat een bekrachtiging van een vonnis zoals die hier wordt vormgegeven weinig voorstelt, nu deze gepaard kan gaan met allerlei verbetermogelijkheden en bovendien de risico's in cassatie worden geminimaliseerd. Ik meen echter dat de voorstellen wel degelijk effect kunnen hebben. In hoger beroep wordt ook in het huidige stelsel wel degelijk gekeken naar het vonnis van de rechtbank. Alleen komt van die beschouwing niets aan de oppervlakte. Met een bescheiden doelstelling valt op dit punt al veel te verbeteren. In mijn voorstel is het uitgangspunt om, bij het in hoofdlijnen handhaven van de beslissing in hoger beroep, primair te bezien of de beslissingen in het vonnis juist zijn, dan wel op een enkel punt verbetering is aangewezen. Het ligt

²⁵ Als ik het goed zie komt dit materieel overeen met de uitkomst die de Hoge Raad op dit punt langs jurisprudentiële weg wist te bereiken, alleen was daarvoor de 'omweg' nodig van het al dan niet bestaan van enig belang bij vernietiging en verwijzing.

in de rede te verwachten dat dit vooral de bewezenverklaring betreft en vervolgens de bewijsmotivering. Het lijkt me dat de hoven zich de moeite om zich daar expliciet over te buigen wel willen getroosten, als vaststaat dat ‘verborgen gebreken’ in het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg niet tot cassatie van het arrest van het hof zullen leiden. In dat geval is – en dat past bij het voortbouwend appel – het vonnis van de rechtbank weer mede een voorwerp van beraadslaging. En, in termen van degene aan wie deze beschouwing is opgedragen, daarmee wordt het hoger beroep van een deugdelijker grondslag voorzien.

